Dissertation: La portée de la coutume en droit international public.

Depuis les débuts de la codification du droit dans nos sociétés, une place a toujours été accordée à la coutume. C'est en droit international que celle-ci a pris une importance de plus en plus accrue alors que parallèlement, le recours aux conventions est très légitimisé. L'article 38§1 b) dispose que « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique: la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ».

La coutume internationale est définie comme étant une manière d'agir qui, par son caractère constant et uniforme engendre chez les sujets de droit international qui s'y plient, (principalement les Etats et les Organisations internationales) le sentiment collectif de l'obéissance à une règle juridique et constitue une source de droit international dont l'aire géographique est variable.

L'étude de la portée de la coutume internationale porte quant à elle sur son domaine d'application, ses objets et effets directs (a contrario ses effets indirects), son efficacité et son effectivité et enfin ses incidences notamment sur les décisions rendues par les juridictions internationales. Ainsi, l'étude de la portée de la coutume en droit international sera envisagée de manière globale afin de mieux comprendre les rapports régissant les relations des différents acteurs internationaux.

L'étude de la coutume oppose traditionnellement les courants doctrinaux volontariste et objectiviste. Pour les premiers, ayant pour « maître » Anzilotti, une vision assez restrictive de la coutume nous est donnée. En effet, celle-ci n'est envisagée qu'en tant qu'expression de la volonté du sujet de droit qui reconnaît par là-même le caractère obligatoire de la coutume. En revanche, pour les seconds, la coutume est vue plus largement, c'est-à-dire qu'elle exprime la volonté de la société internationale spontanément, sans réflexion préalable traduisant l'intention des sujets de droit.

Depuis l'affaire du « Lotus » de 1927, la cour de justice internationale consacre la notion de coutume ainsi que son application aux différends internationaux. Il apparaît donc que la coutume peut avoir un champ d'applicabilité plus ou moins large, allant de la société internationale en général aux entités locales la composant.

Le recours à la coutume s'étant accru au fil des années, garantissant par exemple le principe de la liberté des mers, de l'immunité des locaux diplomatiques, des règles concernant la conclusion et l'entrée en vigueur des conventions internationales ou encore l'exercice de compétences étatiques, comme le montre la jurisprudence notamment de la cour internationale de justice, il convient de s'intéresser à la portée de cette « forme de droit ».

Pour cela, une première partie sera consacrée à la coutume en tant que source juridique du droit international à part entière (I) puis une seconde partie traitera quant à elle des difficultés résultant de la qualité juridique de la coutume en droit international (II).

I) La coutume: une source juridique du droit international à part entière.

Afin d'envisager la portée de la coutume dans son intégralité, il conviendra tout d'abord de s'intéresser à son application en droit international (A), puis de ses effets (B).

A) L'application de la coutume en droit international.

La coutume s'applique aux sujets de droit international, qui sont donc les Etats et les

organisations internationales. Comme l'avait affirmé la Cour Internationale de Justice dans son avis de 1950 relatif à l'affaire du droit d'asile opposant la Colombie et le Pérou, la coutume peut être générale ou locale.

La coutume générale est le type de coutume visé par l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice annexé à la charte des Nations Unies; elle n'exige pas l'unanimité des Etats pour s'imposer en tant que règle de droit.

En revanche, la coutume locale suppose l'adhésion de tous les Etats concernés. Ainsi, il apparaît que pour la question de l'Etat protestataire, ce dernier ne pourrait, dans les deux cas, empêcher la création d'une norme coutumière alors qu'il pourrait se la voir inappliquée.

Par ailleurs, en vertu de l'adage *« Le spécial déroge au général »*, il apparaît clairement qu'en cas de conflit entre deux règles coutumières, l'une générale et l'autre locale, la coutume générale prévaudrait sur la locale, notamment en raison des enjeux de son application qui semblent plus importants.

Une deuxième série de caractères de la coutume permet d'en définir son application. En effet, il s'agit de la coutume dite « sage » ou « sauvage ». La coutume sage est celle qui repose sur la répétition lente et longue d'une règle. La coutume sage s'appliquerait donc à tous les Etats, et serait plutôt générale.

La coutume sauvage repose quant à elle sur une formation accélérée. La Cour Internationale de Justice avait consacré cette notion dans l'affaire de 1982 sur le plateau de délimitation du plateau continental entre la Tunisie et la Lybie, il apparaît donc que la coutume s'appliquant ici serait plus proche de la coutume locale.

Après avoir considéré la coutume dans son application, il est nécessaire d'envisager ses effets.

B) Les effets de la coutume.

La coutume a pour effet principal de créer du droit, comme l'indique l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice qui applique « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ».

La coutume étant d'une part le reflet des comportements constants et généraux, et d'autre part issue de la conscience collective, elle traduit donc d'une nécessité sociale que le domaine juridique ne comble pas. Il convient dès lors de la « transformer » en norme afin de consacrer son caractère obligatoire et définitif.

C'est par le biais du processus coutumier que cette dernière peut acquérir un caractère normatif. En vertu de l'article 13§1 a) de la charte des Nations Unies favorisant la codification du droit (conventionnel et coutumier), ce qui est exigé du processus coutumier c'est qu'il débouche sur une preuve de l'existence de cette coutume.

Le juge international est celui à qui la tache de l'apport de preuve de l'existence de la coutume est confiée. L'existence de la coutume serait donc vérifiable dans sa pratique. Or, la plupart des faits constituant la coutume sont des faits juridiques, souvent eux-mêmes issus d'actes juridiques (pour exemple affaire du Lotus, 1927, CIJ). En raison de la pratique instinctive de la coutume en droit international, il semble parfois complexe d'en évaluer l'exacte application et d'en dessiner des contours précis.

Par ailleurs, l'opinio juris étant à la base de l'apparition, de la formation de la coutume, peut elle aussi apparaître comme une preuve de la conviction juridique des Etats dans son application, en effet, lorsque le juge doit vérifier l'existence d'une règle coutumière et l'appliquer à un litige, il

cherche simplement de quelle façon pratique concrète l'Etat exprime son opinio juris (pour exemple affaire du droit d'asile opposant la Colombie et le Pérou en 1950, CIJ).

Ainsi, il semble que maintes difficultés se présentent lorsque l'on tente de définir la portée de la coutume en droit international, et cela surtout en raison de sa qualité juridique.

II) Les difficultés résultant de la qualité juridique de la coutume internationale.

Il a déjà été dit que l'existence de la coutume est difficile à prouver, il conviendra donc tout d'abord d'étudier plus précisément la formation de la coutume (A). De plus, il restera à définir sa place dans la hiérarchie des normes en droit international, pour cela, une seconde partie sera consacrée aux interactions entre le droit coutumier et le droit conventionnel (B).

A) Les incertitudes nées du mode de formation de la coutume.

La coutume est formée en droit international par la réunion de deux éléments, l'un objectif et l'autre subjectif. La doctrine a longtemps douté quant au mode de formation de la coutume, dons de la preuve de son existence et pour finir sa place au sein de la hiérarchie des normes.

L'élément objectif est celui permettant d'attester concrètement l'existence de la coutume. Ici, cela peut être l'accumulation, la répétition de certains faits, actes, déclarations, comportements imputables aux organes des sujets de droit international. Il faut par ailleurs que ces faits soient constants et généraux.

L'élément subjectif, quant à lui, concerne la dimension psychologique de la coutume consistant essentiellement dans la croyance de son existence. La Cour Internationale de Justice considère d'ailleurs dans l'affaire de 1969 relative au plateau continental de la mer du Nord que « Les Etats intéressés doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique ».

L'affaire du Lotus de 1927 avait consacré cette prise en considération des deux éléments de formation de la coutume comme preuve de son existence. La jurisprudence internationale a donc fini par se conformer à cette conception de la coutume.

L'existence de la coutume étant prouvable, il apparaît dès lors nécessaire de définir sa place dans la hiérarchie de normes au niveau international.

B) Les interactions entre le droit coutumier et le droit conventionnel.

D'après l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice, aucune hiérarchie des normes ne régit les différentes sources juridiques du droit international. Ainsi, la coutume apparaît comme l'égale du traité.

La Cour Internationale de Justice l'affirme notamment dans l'affaire de 1986 relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua opposant les Etats-Unis contre lui même. Ici, la haute cour de Justice nous informe de l'existence du principe d'égalité des sources. Cependant, la doctrine semble favoriser la hiérarchisation de la coutume sur les autres formes de sources du droit international, en raison de sa qualité « originelle » du droit international.

La coutume peut donc très bien sanctionner une pratique comme un traité le ferait lui aussi. Par ailleurs, en vertu du principe du précédent, une règle étant codifiée dans un traité peut se voir appliquée par un Etat tiers, non pas en vertu de ce traité mais comme règle coutumière. Ainsi, la

coutume voit son champ d'application s'élargir puisqu'elle peut toucher des Etats n'étant pas parties à un traité.

La codification de la coutume apparaît donc comme traduisant de sa puissance et paradoxalement crée un risque de perte de sa substance puisque la codification peut conventionner la coutume et donc empêcher son évolution, son application.